



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

Magistrado ponente

STC3072-2016

Radicación n.º 68001-22-13-000-2016-00060-01

(Aprobado en sesión de nueve de marzo de dos mil dieciséis)

Bogotá, D. C., diez (10) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

Decide la Corte la impugnación del fallo proferido el 9 de febrero de 2016 por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga, que negó la tutela que en nombre propio y de su hijo por nacer formuló Diana Carolina Riaño Avendaño contra el Consejo Seccional de la Judicatura de Santander y la Dirección Seccional de Administración de Judicial de ese departamento, siendo vinculada la respectiva División de Recursos Humanos.

I. ANTECEDENTES

1. Directamente, la promotora aduce que se le violaron los derechos a la salud, mínimo vital e igualdad.

2. Atribuye la vulneración a que, pese a estar embarazada, fue desvinculada de la rama judicial y, por ende, dejó de percibir salarios y de hacer aportes a la seguridad social.

3. Sustenta el libelo en los sucesos que se resumen así (fls. 1 y 2, cuaderno 1):

3.1. Que el 19 de agosto de 2014 fue nombrada y se posesionó como secretaria del Juzgado Segundo Civil Municipal de Descongestión de Barrancabermeja.

3.2. Que el 21 de septiembre de 2015 comunicó a la nominadora su gravidez y un día después a la Oficina de Talento Humano del Consejo Seccional de la Judicatura en Santander.

3.3. Que el despacho judicial dejó de funcionar el 31 de diciembre siguiente, al no ser prorrogado, por lo que desde entonces no devenga ni hace cotizaciones en salud y pensión, afectándose al *naciturus*.

3.4. Que la fecha probable del parto es el 13 de mayo de 2016, por lo que requiere continuidad en el servicio médico; tiene derecho a la licencia de maternidad porque al momento del retiro había cotizado veinte (20) semanas estando embarazada; se halla en condición de debilidad

manifiesta; y requiere la protección de su estabilidad laboral reforzada.

3.5. Que no tiene recursos económicos para sostenerse junto con la pequeña que espera.

3.6. Que mediante el Acuerdo PSAA1510402 de 19 de octubre pasado, el Consejo Superior de la Judicatura creó algunos despachos en su ciudad y aledañas, en los que podría ser reubicada.

4. Pretende que se ordene al Consejo Seccional de la Judicatura y la Dirección Ejecutiva Seccional de Santander que mantengan su afiliación a la seguridad social entre su salida del empleo y pasado un año del alumbramiento y le reconozcan los sueldos hasta cuando termine la correspondiente licencia. Además que la incorporen a un puesto equivalente al que ocupaba (folio 2).

II. RESPUESTAS DE LOS CONVOCADOS

La Sala Administrativa del Consejo Seccional involucrado dijo que no le constan la mayoría de los eventos narrados; que la interesada sabía la transitoriedad de la labor; que la descongestión obedece a las necesidades del servicio y su eficacia, no a la situación particular de los servidores. Añadió que el nominador es quien tiene la facultad para hacer nombramientos (folios 23 y 24).

La Dirección Seccional de Administración Judicial alegó que la terminación del trabajo de la libelista no tuvo origen en la situación de ésta, ni en su voluntad, sino en la culminación de la pluricitada medida, asunto de conocimiento de aquella desde que ingresó. Adujo precedentes en que frente a casos análogos esta Sala no concedió el auxilio (folios 25 al 27).

No hubo más intervenciones.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

No otorgó la salvaguarda porque no es posible el reintegro, comoquiera que posesionarse la demandante estaba al tanto de la temporalidad del puesto, y la potestad para designar el personal de los despachos radica en los funcionarios respectivos. Agregó que el retiro examinado se originó en motivos ajenos al embarazo. Adicionalmente, la misma permanece afiliada a Cafesalud E.P.S., según la consulta en la base de datos del Fosyga de 8 de febrero de 2016 (folios 40 al 50).

IV. IMPUGNACIÓN

La vencida alegó que el salario que devengaba era el único ingreso para ella y su bebé, pues, nadie la contrata en la condición que está, pero como es consciente de que no fue por ella que cesó su tarea, no pidió el reintegro sino la reubicación en alguno de los nuevos juzgados. Añadió que conforme a la sentencia SU70 de 2013 de la Corte

Constitucional, es necesario garantizarle el empleo mientras accede a la licencia de maternidad y, de no ser posible, los sueldos y prestaciones. Añadió que aún figura activa en la EPS porque su retiro sólo sucedió el 31 de diciembre pasado, pero el fallo apelado no clarificó nada hacia el futuro. Posteriormente, allegó constancia de Cafesalud, de 2 de marzo último, que indica que tiene suspendido el servicio médico (folios 56 al 58).

V. CONSIDERACIONES

1. La controversia se centra en establecer si los denunciados quebrantaron las garantías de Diana Carolina Riaño Avendaño y de su hijo por nacer, al no reubicarla, en atención a su embarazo, en un puesto similar al que desempeñaba en el desaparecido Juzgado Segundo Civil Municipal de Descongestión de Barrancabermeja ni reconocerle ni pagarle salarios y demás beneficios mientras alcanza indemnización de maternidad.

2. Este instrumento subsidiario y residual fue creado para preservar las garantías esenciales de las personas, cuando son violentadas o amenazadas por las autoridades públicas o los particulares, a no ser que su titular tenga o haya contado con la posibilidad de hacerlas prevalecer por otros medios legales.

3. Para los efectos de este análisis está acreditado:

3.1. Que mediante el Acuerdo PSAA13-10072 de 27 de diciembre de 2013, el Consejo Superior de la Judicatura creó el Juzgado Segundo Civil Municipal de Descongestión de Barrancabermeja (folios 15 al 25, Corte).

3.2. Que Diana Carolina se posesiono como secretaria de esa oficina judicial a partir del 19 de agosto de 2014 (folios 1, 7 y 25, cuaderno 1 y 13 y 14, Corte).

3.3. Que el 21 de septiembre de 2015 comunicó y demostró a la juez y un día después a la Oficina de Talento Humano del Consejo Seccional de la Judicatura en Santander que se encontraba en gestación (folios 8 al 12, cuaderno 1).

3.4. Que por Acuerdo PASA15-10413 (20 de noviembre de 2015), la autoridad competente prorrogó la existencia del juzgado hasta el 31 de diciembre pasado, fecha en la que dejó de existir (folios 26 al 38, Corte).

3.5. Que consultada la base de datos del Fosyga, la actora aparece como cotizante activa (2 de febrero de 2016) (folio 39, Corte).

3.6.- Que conforme la certificación expedida por Cafesalud en esa misma calenda, la interesada tiene suspendidos sus servicios por mora (folio 11, Corte).

4. Se modificará lo resuelto en primer grado, únicamente en lo relacionado con la atención en salud, por lo que pasa a explicarse:

4.1. Atinente a la pretensión de reubicación en un cargo de similar jerarquía o, en su defecto, el desembolso de los ingresos dejados de recibir desde el retiro hasta el fin de la preñez, esta Sala ha sido constante en señalar la improcedencia de concederla cuando la terminación de la actividad remunerada obedece a la culminación de una medida de descongestión, pues, se trata de una situación objetiva conocida previamente por la empleada, lo que de suyo elimina cualquier sospecha de arbitrariedad porque derivara de discriminación por gestación, parto o lactancia.

Al respecto ha predicado que

(...) para establecer si realmente se configuró la causal de ineficacia, 'en cada caso concreto se deben analizar las condiciones objetivas del despido, así como las subjetivas de la mujer embarazada, señalando que la comprobación fáctica que debe efectuar el juez constitucional debe evidenciar los siguientes elementos para que proceda el amparo transitorio del derecho a la estabilidad reforzada, a saber: a) que el despido se ocasione durante el período amparado por el 'fuero de maternidad', esto es, que se produce en la época del embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto (artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo). b) que a la fecha del despido el empleador conocía o debía conocer la existencia del estado de gravidez, pues la trabajadora notificó su estado oportunamente y en las condiciones que establece la ley. c) que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende que el despido no está

directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique. (...). d) que no medie autorización expresa del inspector del trabajo si se trata de trabajadora oficial o privada, o resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de empleada pública. e) que el despido amenace el mínimo vital de la actora o del niño que está por nacer'. Subraya la Corte. (CSJ STC, 6 mar. 2014, exp. 2013-02171-01).

Lo cierto es que en este evento, los acuerdos PSAA13-10072 de 27 de diciembre de 2013 del Consejo Superior de la Judicatura que dio origen el juzgado de descongestión al que se incorporó Diana Carolina, y el PSAA15-10413 de 30 de noviembre de 2015 que lo prorrogó hasta el 31 de diciembre de ese año, evidenciaban la transitoriedad de su existencia, de tal suerte que al posesionarse como secretaria, dada su calidad, la accionante era sabedora de esa circunstancia y la aceptó, no resultándole una sorpresa que su actividad culminara en la última fecha.

Sobre este tópico, la Sala ha dicho en asuntos parecidos

(...) el nombramiento de la accionante se efectuó en el marco de la reglamentación que creó un juzgado adjunto de descongestión y dos sustanciadores 'transitoriamente' según se dispuso en el Acuerdo PSAA11-8520 de 2011 de 19 de septiembre de 2011, de allí, que todos esos cargos tuvieran una vigencia temporal que dependía de la prórroga de dichas medidas, asunto que depende de las necesidades de la administración de justicia y que se condiciona a la disponibilidad presupuestal según lo dispuesto en las Leyes 270 de 1996 y 1285 de 2009. Entendimiento del cual se deduce la improcedencia del amparo constitucional, pues

no hay evidencia de que la desvinculación de la tutelante haya sucedido a propósito de su embarazo, y por tanto, no está demostrada actuación arbitraria que imponga la intervención del juez de tutela como ya lo ha expresado la Corte, razón suficiente para negar el amparo(...), CSJ STC, 20 mar. 2013, exp. 00021-01, citada 16 jul. 2015, exp. 00072-01.

Así las cosas, se concluye que al haber una causa justificada para la salida de la actora del empleo que ocupaba pasajeraamente, no es procedente su reubicación laboral o la satisfacción de salarios.

4.2. De acuerdo con la sentencia SU-070 de 2013 de la Corte Constitucional, la custodia es viable

*Cuando se trata de una trabajadora que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo sale a concurso o es suprimido, se aplicarán las siguientes reglas: (i) Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse por quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo a ser proveído y la plaza en la que se desempeñará quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó. Cuando deba surtirse el cargo de la mujer embarazada o lactante **por quién ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad;** (ii) si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad, se le debe garantizar a la trabajadora en provisionalidad, la permanencia en el cargo hasta que se configure la licencia de maternidad o de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiera el derecho a gozar de la licencia” (destacado).*

Sin embargo, es claro que el puesto que desempeñaba la peticionaria no era de carrera ni en estricto sentido se puede hablar de que fue suprimido, comoquiera que no había sido creado con vocación de permanencia sino transitoriamente, pues, lo que sucedió fue que terminó por simple vencimiento del plazo para el que fue creado y prolongado, de tal manera que no es oportuno aplicarle dicha preceptiva.

La impugnante invoca una precaria situación económica, pero no la demostró, aunado a que aunque sea cierta, no es suficiente para entender que la permanencia en un cargo sea el mecanismo para solucionarla, siendo que como ya se dijo no se trató de una discriminación sino de la culminación natural de una medida temporal de descongestión de la Rama Judicial.

Cabe agregar que la posibilidad de vinculación en otros despachos no depende de ninguna de las autoridades involucradas en esta acción, como quiera que según el numeral 8 del artículo 131 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, “[p]ara los cargos de los Juzgados” tal potestad radica en “[e]l respectivo Juez”, sin que nadie distinto pueda interferir en ello

4.3. El derecho a la salud es esencial e independiente, de tal manera que de verse quebrantado o amenazado puede ser resguardado por este camino excepcional sin necesidad de entrar a reparar en su conexidad con otros privilegios.

Sobre el mismo, esta Corporación ha sostenido que

(...) si bien en un principio fue considerado como...de carácter prestacional, es decir, de naturaleza legal, hoy se ha dado un gran avance frente a la posibilidad de protegerse de manera directa como derecho fundamental -es decir sin que medie su desconocimiento por conexidad con la vulneración de otro derecho de rango fundamental-, en cuyo caso se hace viable su exigibilidad por vía de tutela (CSJ STC, 10 jul. 2014, exp. 00860-01).

Tratándose de sujetos de especial protección, como la mujer embarazada, lo que apareja la existencia del *nasciturus*, a quienes la Constitución y la ley amparan, se enfatiza aún más el carácter esencial de la prerrogativa, circunstancia que amerita la custodia especial y preferente.

Ello máxime que en sentencia de la Corte Constitucional T-082 de 2008, citada en CSJ STC, 9 oct. 2015, exp. 00089-01, se dijo que

*(...) cuando pueda inferirse razonadamente que la conservación de la alternativa laboral de la mujer embarazada, mediante una orden de reintegro o renovación, es fácticamente imposible en un caso concreto debido a que han operado **causas objetivas, generales y legítimas** que ponen fin a la relación laboral: corresponde al juez de tutela aplicar la medida de protección sustituta correspondiente al reconocimiento de cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y el correlativo reconocimiento de la licencia de maternidad” (destacado fuera de texto, sentencia T-082 de 16 de febrero de 2012).*

4.4. En el *sub exámine*, Diana Carolina demostró su embarazo cuando laboraba como secretaria del juzgado civil municipal, lo que conlleva la necesidad de que los aportes en salud continuaran para posibilitarle ser atendida y acceder a la indemnización por maternidad.

Si bien el *a-quo* e incluso la Corte, a partir de la consulta en la base de datos del Fosyga efectuada el 8 de febrero y el 2 de marzo de 2015, respectivamente, advirtieron que continuaba activa en el respectivo servicio, lo cierto es que ella allega una constancia de esta última fecha emanada de Cafesalud que indica lo contrario.

En ese orden de ideas, la suspensión de las cotizaciones del régimen de seguridad social en “salud”, conculca sus garantías, pues, pese a ser evidente la necesidad de esa cobertura a raíz de su condición, quedó desprotegida.

Así las cosas, en virtud de las circunstancias personales de la futura madre, el simple evento de la desvinculación laboral no es suficiente para omitir los pagos mientras adquiere el derecho a la retribución derivada de su estado.

5. Consecuentemente, se modificará el pronunciamiento examinado, ordenándole a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Santander-División de Recursos Humanos que se ponga al día con los aportes

en salud de Diana Carolina, y los siga haciendo mientras ésta logra la licencia de maternidad.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **REFORMA** la providencia impugnada para ordenar a la Dirección Seccional de Administración de Judicial de Santander-División de Recursos Humanos que se ponga al día con Cafesalud en los aportes a la salud de Diana Carolina Riaño Avendaño y prosiga haciéndolo hasta que la misma adquiera el derecho a la remuneración por licencia de maternidad.

En lo demás, se **CONFIRMA** el fallo apelado.

Comuníquese telegráficamente lo aquí resuelto a las partes y oportunamente remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifiquese

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

(Presidente de Sala)

MARGARITA CABELLO BLANCO

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA